

VIOLAZIONE DEI DOVERI CONIUGALI E ILLECITO CIVILE: L'ESPERIENZA ITALIANA

GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA

Professore Ordinario Università de Roma LUMSA

I. Il dibattito sul danno “endofamiliare” riguarda l'applicabilità del rimedio risarcitorio agli illeciti compiuti tra familiari¹. Si tratta di una figura disomogenea nella quale è possibile ricondurre ipotesi variegiate che sono accomunate da un elemento unificante: l'esistenza di un rapporto di natura familiare tra danneggiante e danneggiato. Si potrà

¹ Si vedano, nella dottrina italiana, PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità», Riv. crit. dir. priv., 1988, p. 605 ss.; ZACCARIA, A.: «Adulterio e risarcimento danni per violazione dell'obbligo di fedeltà», Fam. dir., 1997, p. 462 ss.; FACCI, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, p. 4 ss.; ID., «Doveri familiari e responsabilità civile», in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da Ferrando, I, Bologna, 2007, p. 83 ss.; ID.: «Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile», Resp. civ., 2007, p. 581 ss.; VIRGADAMO, P.: «Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica», Dir. fam. pers., 2006, p. 1894 ss.; DI ROSA, G.: «Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno», Famiglia, 2008, p. 3 ss.; SESTA, M. (coord.): *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008; NICOLUSSI, A.: «Obblighi familiari di protezione e responsabilità», Eur. dir. priv., 2008, p. 929 ss.; MONTECCHIARI, T.: *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008; CAMILLERI, E.: «Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law», Eur. dir. priv., 2010, p. 145 ss.; PARADISO, M.: «Famiglia e responsabilità civile endofamiliare», Fam. pers. succ., 2011, p. 14 ss.; BASINI, G.F.: «Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi», Fam. pers. succ., 2012, p. 92 ss.; BIZZARRO, A.: «L'illecito nella famiglia», in Riv. giur. Molise Sannio, 2013, p. 225 ss.; PETTA, C.: «Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estensibilità all'interno della famiglia di fatto», Dir. fam. pers., 2015, p. 257 ss. Cfr., nella dottrina spagnola, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», in DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor, 2012, p. 103 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «La responsabilidad civil nell'ambito delle relazioni familiari in Spagna», Dir. fam. pers., 2014, p. 390 ss.; ALGARRA PRATS, E.: «Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil», in J.A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil en la relaciones familiares*, Madrid, 2012, p. 11 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro conyuge», *ivi*, p. 161 ss.; GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario al art. 67 CC», in AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (diretto da M. Albaladejo), t. II, Madrid, 1982, p. 186 ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L.: «Efectos del matrimonio», in AA.VV.: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 1, 3ª ed., Barcelona, 1989, p. 146 ss.

trattare, quindi, di danni tra coniugi o tra genitori e figli o – ma l'ipotesi è maggiormente controversa – tra conviventi di fatto².

La problematicità dell'incidenza della responsabilità civile all'interno della famiglia non si manifesta per quelle situazioni giuridiche soggettive che fanno capo alla persona in quanto tale, ma esclusivamente per quelle di natura familiare. In altri termini, può parlarsi di responsabilità "endofamiliare", soltanto dinanzi ad atti illeciti che discendono dalla violazione di obblighi gravanti su un soggetto per la sua qualità di coniuge o di genitore. Si pensi, ad esempio, all'inadempimento dei doveri coniugali di convivenza, fedeltà e assistenza oppure all'inadempimento del dovere di educazione dei figli minori³. Non si può dubitare, invece, che siano fonte di un danno risarcibile le lesioni personali, le percosse, il danneggiamento di beni, rispetto ai quali lo *status* di familiare del soggetto attivo non potrà giocare il ruolo di esimente.

Inoltre, le incertezze dottrinali e giurisprudenziali hanno riguardato la compatibilità con gli illeciti familiari del rimedio generale del risarcimento del danno, consacrato negli artt. 1902 del codice civile spagnolo, 2043 di quello italiano e 1382 di quello francese. Diversamente, è sempre stata indiscutibile l'applicabilità di quelle disposizioni di carattere speciale, che prevedono espressamente la tutela risarcitoria per la violazione di peculiari e specifici doveri familiari.

Talvolta, si tratta addirittura di una responsabilità civile che discende dalla commissione di reati endofamiliari, quali la «violazione degli obblighi di assistenza familiare»; l'«abuso dei mezzi di correzione»; i «maltrattamenti in famiglia» (artt. 570-572 c.p.)⁴.

² Così, BASINI, G.F.: «Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi», cit., p. 95, che manifesta perplessità circa la configurabilità di un'unica e ampia categoria definita quale illecito "endofamiliare". Ammette, in linea di principio, la configurabilità di un illecito civile nell'ambito della convivenza *more uxorio*, Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, secondo la quale «la violazione dei diritti fondamentali della persona è configurabile anche all'interno di un'unione di fatto, purché avente le caratteristiche di serietà e stabilità, in considerazione dell'irrinunciabilità del nucleo essenziale di tali diritti, riconosciuti, ai sensi dell'art. 2 cost., in tutte le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo».

³ NICOLUSSI, A.: «Obblighi familiari di protezione e responsabilità», cit., p. 940, osserva che «il problema dell'innesto della responsabilità nell'ambito della famiglia presenta profili di ambiguità», perché esiste «una differenza essenziale nel modo di valutare gli stessi beni della persona e la loro eventuale lesione secondo che si abbia riguardo al contesto dei rapporti familiari oppure secondo che si consideri tali beni e la loro lesione in quanto tali».

⁴ Cfr. PARADISO, M.: «Famiglia e responsabilità civile endofamiliare», cit., p. 15.

In altre e più numerose ipotesi ci troviamo dinanzi a illeciti civili tipizzati dal legislatore⁵.

Così, nella fase pre-matrimoniale, numerosi ordinamenti della famiglia romanistica considerano fonte di un'obbligazione risarcitoria, la rottura ingiustificata della promessa di matrimonio (artt. 43 c.c. spagnolo e 81 c.c. italiano)⁶ e la nullità del matrimonio imputabile al coniuge in mala fede (artt. 98 c.c. spagnolo e 129 *bis* c.c. italiano)⁷.

Nella fase successiva alla separazione, nel diritto francese, l'art. 266 del *Code civil* (introdotto dalla l. 11 luglio 1975, n. 617 e successivamente modificato dalla l. 26 maggio 2004, n. 439) delinea una disciplina speciale per il risarcimento del danno cagionato dal divorzio al coniuge innocente⁸. La norma permette la risarcibilità delle sole «conséquences d'une particulière gravité que [l'époux] subit du fait de la dissolution du mariage». Pertanto, l'azione non soltanto non è diretta a ottenere la riparazione dei danni subiti durante lo svolgimento del *ménage* familiare, ma non si applica neppure a quelli che, pur cronologicamente concomitanti al divorzio, non derivino eziologicamente dallo scioglimento del vincolo coniugale⁹. Nell'ordinamento italiano, poi, sono tipizzate una serie di figure specifiche di illecito dalle quali discende l'obbligo di risarcimento del danno quali: la violazione dell'obbligo imposto al genitore divorziato di comunicare

⁵ NICOLUSSI, A.: «Obblighi familiari di protezione e responsabilità», p. 943 ss., organizza l'articolazione normativa delle ipotesi di illeciti endofamiliari in tre fasi: prematrimoniale; di costanza della convivenza matrimoniale; successiva alla separazione.

⁶ Sulla responsabilità civile per violazione della promessa di matrimonio, cfr., nella dottrina spagnola, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Responsabilidad civil por incumplimiento de la promesa de matrimonio», in DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, cit., p. 221 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «La responsabilidad civil nell'ambito delle relazioni familiari in Spagna», cit., p. 390 ss. Nella dottrina italiana, a fronte di chi propugna la natura precontrattuale della responsabilità per violazione della promessa di matrimonio (T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 25), altri discorrono di illecito aquiliano (G. TATARANO, *Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 649; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna, 1971, p. 72; P. LILLO, *Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio*, in *Dir. fam.*, 1990, p. 291), là dove una risalente giurisprudenza la qualifica come responsabilità *ex lege* (Cass., 21 febbraio 1966, n. 539, Foro it., 1966, I, c. 1844.).

⁷ Cfr., sul danno derivante dalla nullità del matrimonio, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», in DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.): *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, cit., p. 163 ss.

⁸ Cfr. FORTIS, A.: «Divorce (Conséquences)», in Rep. Droit civil Dalloz, 2011, § 142 ss.; GUITON, F.: «Les dommages et intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce», in Rec. Dalloz, 1980, Chron., p. 237 ss.

⁹ Nella giurisprudenza francese, cfr. Cass. civ., II sez., 31 maggio 1995, n. 93-17.127, in *Bull. civ.*, II, n. 164; Cass. civ., I sez., 6 luglio 2005, n. 04-10-081, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 767.

all'altro ogni mutamento di residenza o di domicilio (art. 6, comma 12, l. 1 dicembre 1970, n. 898); la violazione dei provvedimenti sull'affidamento dei figli e, specificamente, le «gravi inadempienze o gli atti che comunque arrechino pregiudizio al minore» dopo la crisi familiare (art. 709 *ter*, comma 2, c.p.c.).

Diversamente, il legislatore appare contrario ad attivare la tutela risarcitoria in costanza della convivenza matrimoniale¹⁰. Nell'ordinamento italiano, la previsione del rapporto di coniugio come causa di sospensione della prescrizione avvalorava la tesi che «i coniugi non si fanno causa» (art. 2941, n. 1, c.c.). Fintantoché l'unità familiare non è compromessa ricorre l'esigenza di politica legislativa di evitare intrusioni giudiziali in ambito familiare, sì che la responsabilità civile non sorge o non può essere fatta valere.

II. L'ammissibilità di una generale tutela risarcitoria contro il danno endofamiliare è stata lungamente contestata in numerosi ordinamenti giuridici europei, in virtù di una serie di ostacoli tanto di natura socio-culturale, quanto di carattere più schiettamente giuridico.

Innanzitutto, la responsabilità civile si considerava uno strumento prevalentemente rivolto alla riparazione di pregiudizi patrimoniali ed estraneo alla protezione di situazioni di natura esistenziale e familiare¹¹.

Inoltre, la tradizionale concezione istituzionale della famiglia giustificava una forte compressione dei diritti dei suoi componenti, sì da delineare una vera e propria area di immunità in ambito familiare¹². Il diritto di famiglia era inteso come una branca autonoma

¹⁰ Segnala NICOLUSSI, A.: «Obblighi familiari di protezione e responsabilità», cit., p. 945, che «il sistema sanzionatorio delle violazioni degli obblighi familiari predisposto dalla legge sembra caratterizzato da un atteggiamento di prudenza e di selezione degli interventi giudiziari nell'ambito familiare». Del resto, «se non c'è crisi, nell'ambito del singolo nucleo familiare, il diritto è sostanzialmente inoperante, perché la famiglia, al di là ed a prescindere dalla normativa giuridica, troverà da se stessa, giorno per giorno, le regole più idonee per organizzare la propria vita e operare le proprie scelte»: G.B. FERRI, *La persona nella vita associata*, in P. STANZIONE (a cura di), *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985, p. 30.

¹¹ Sulle ragioni che hanno impedito, per anni, l'ingresso della responsabilità civile nell'ambito della famiglia, cfr. PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 51 ss.

¹² Si ricorda la celebre definizione della famiglia come «un'isola soltanto lambita dal mare del diritto» di JEMOLO, A.C.: «La famiglia e il diritto», *Annuali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1948-1949, p. 40. Ma v. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 923; ID.: «Famiglia e diritti fondamentali della persona», (1986), in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 370, secondo il quale la funzionalizzazione della famiglia allo sviluppo della persona umana «va realizzata in forma aperta (...) non già come un'isola, ma come un autonomo territorio che è parte ineliminabile di un sistema di istituzioni civili predisposte per uno scopo comune e tutte meritevoli se ispirate nella loro regolamentazione interna al rispetto della pari dignità, dell'eguaglianza morale e giuridica dei componenti, della democraticità».

dell'ordinamento, connotata da forti venature pubblicistiche e impermeabile alle tutele civili proprie del diritto comune¹³.

Tuttavia, mentre nei sistemi di *civil law* la sottrazione degli illeciti endofamiliari allo statuto generale della responsabilità civile non ha mai trovato fondamento in una specifica disciplina; negli ordinamenti di *common law*, il principio della *Interspousal Immunity*, cioè dell'irresponsabilità del coniuge per i danni cagionati nei confronti dell'altro, veniva fatto derivare dalla *doctrine of Unity of Spouses*, sino al *Law Reform Act (Husband and Wife) Act* del 1962¹⁴. Secondo la teoria dell'identità soggettiva dei coniugi, con il matrimonio, l'identità legale della moglie si fondeva in quella del marito, dando vita alla c.d. *Unity of Spouses*, cioè alla qualificazione dei coniugi come unica persona giuridica. Ragioni di ordine sostanziale e processuale impedivano, quindi, di ammettere l'azione di responsabilità aquiliana tra coniugi. Infatti, il risarcimento del danno avrebbe dovuto attingere a un patrimonio comune all'attore e al convenuto e, inoltre, il marito avrebbe dovuto rappresentare in giudizio entrambe le parti processuali.

Non di meno, in tutti gli ordinamenti europei, la progressiva incidenza dei principi fondamentali di tutela della persona umana sui rapporti di diritto civile e la loro “depatrimonializzazione” hanno determinato, nel tempo, la trasformazione della famiglia da istituzione gerarchicamente ordinata a formazione sociale ove si svolge la personalità dei suoi componenti¹⁵ e la proiezione della tutela risarcitoria verso nuovi territori, tra i quali spiccano principalmente i diritti inviolabili dell'uomo¹⁶.

¹³ Sulla concezione istituzionale della famiglia, strutturata secondo un modello autoritario e gerarchico e considerata quale soggetto portatore di interessi autonomi e sovraordinati rispetto a quelli dei singoli componenti, v., per tutti, A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, p. 108 ss.

¹⁴ Analizza gli ostacoli rinvenuti, nei sistemi di *common law*, dall'affermazione della responsabilità civile per inadempimento dei doveri coniugali, PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 61 ss.

¹⁵ Subordina la tutela costituzionale della famiglia alla sua strumentalità alla promozione della personalità umana, PERLINGIERI, P.: «Sui rapporti personali nella famiglia», *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 1253 ss.; ID., «Sulla famiglia come formazione sociale», *Dir. giur.*, 1979, p. 775 ss., ora in ID. (coord.), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 39 ss., e in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 419 ss.; ID., «I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare», *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss.

¹⁶ «La famiglia cessa di essere un territorio “separato” dal diritto comune e nel quale i coniugi entrano spogliandosi delle prerogative che proteggono la personalità individuale. Le regole di protezione dei diritti fondamentali non trovano ostacolo nel recinto coniugale, ma penetrano a permeare tutta la vita familiare»: ZATTI, P.: «Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia», in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2002, p. 22. Secondo Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, *Fam. dir.*, 2005, p. 365 ss., con nota di SESTA, M.: «Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione “arriva” in Cassazione» e di FACCI, G.: «L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione», si assiste al passaggio dalla «famiglia istituzione» alla «famiglia comunità», come sede di

La costituzionalizzazione del diritto di famiglia e di quello della responsabilità civile scardina, in tal modo, i principali ostacoli di ordine concettuale che impedivano il riconoscimento di una generale risarcibilità del danno “endofamiliare”.

III. – Tuttavia, ricorrono ulteriori difficoltà di natura dogmatica ad ammettere la compatibilità dei doveri familiari con la tutela risarcitoria.

Ci si riferisce, in particolare a: 1) la negazione del carattere giuridico dei doveri coniugali; 2) l'esclusione dell'antigiuridicità della condotta del coniuge che, nel richiedere la separazione o il divorzio, eserciterebbe il proprio diritto costituzionalmente tutelato alla libera autodeterminazione; 3) il principio *lex specialis derogat generali*, che dalla violazione dei doveri familiari fa discendere l'applicabilità di rimedi specifici, quali: la separazione e il divorzio, l'addebito della separazione per colpa, la misura dell'assegno di mantenimento, le conseguenze in campo successorio, ecc.

1. – Innanzi tutto, le situazioni soggettive familiari venivano qualificate tradizionalmente non come obblighi, ma come doveri privi di giuridicità e insuscettibili di coercizione nel caso di inadempimento¹⁷. Ad esempio, il Tribunal Supremo spagnolo, con la sentenza 30 luglio 1999, esclude la risarcibilità del danno morale da violazione del dovere di fedeltà, poiché si tratterebbe di un dovere di natura etico-sociale irriducibile al precetto dell'art. 1001 c.c. spagnolo¹⁸.

28

Diversamente, secondo la Cassazione italiana, «i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio non sono di carattere esclusivamente morale ma hanno natura giuridica», come dimostra la loro inderogabilità e la previsione di conseguenze giuridiche della loro violazione, sì che «deve ritenersi che l'interesse di ciascun coniuge nei confronti dell'altro

sviluppo della dignità e della personalità di ogni suo membro. Nella dottrina spagnola cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro conyuge», cit., p. 179 ss.

¹⁷ Secondo una parte della dottrina italiana, l'art. 143 c.c. qualificerebbe le situazioni soggettive passive familiari come doveri e non come obblighi, proprio per l'assenza di giuridicità e la conseguente incoercibilità: FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 62 ss.

¹⁸ Afferma STS 30 julio 1999 (RJ 1999, 5726), che non può includersi l'esigibilità dei doveri coniugali «dentro del precepto genérico del artículo 1001, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar».

alla loro osservanza abbia valenza di diritto soggettivo»¹⁹. Se gli obblighi matrimoniali avessero esclusivamente valenza sul piano etico o sociale non potrebbero essere inclusi tra gli effetti del matrimonio, né potrebbe affermarsi che i coniugi «devono» o «sono obbligati» ad adempierli», come fanno gli artt. 67 e 68 del codice civile spagnolo e l'art. 143 di quello italiano²⁰. L'impossibilità di esigere coattivamente l'adempimento dei doveri coniugali non implica l'assenza di giuridicità, ma l'incompatibilità della loro natura personalissima con il rimedio dell'esecuzione in forma specifica²¹.

2. – In secondo luogo, l'irrisarcibilità del danno “endofamiliare” è stata argomentata sulla base dell'esclusione dell'antigiuridicità della condotta del coniuge, che non osservi i doveri familiari.

La deistituzionalizzazione della famiglia e la valorizzazione dell'esigenza di sviluppo della personalità dei suoi componenti inducono, infatti, una parte della dottrina e della giurisprudenza a qualificare la pretesa di ottenere la separazione e interrompere la convivenza come espressione di un diritto individuale di libertà, ancorato al principio costituzionale di autodeterminazione²². Sì che la riparabilità del danno da separazione o divorzio verrebbe esclusa dall'operare della causa di giustificazione *qui suo iure utitur neminem laedit*²³.

¹⁹ Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit., secondo la quale: «è certamente ravvisabile un diritto soggettivo di un coniuge nei confronti dell'altro a comportamenti conformi a detti obblighi»; Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, Dir. fam. pers. 2012, 1, 174, con nota di GIACOBBE, E.: «A. Trabucchi: un “profeta” inascoltato!» e di PETTA, C.: «Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità», p. 1447; Cass., 17 gennaio 2012, n. 610; Cass., 1 giugno 2012 n. 8862, Foro it., 2012, I, c. 2037; Cass., 20 giugno 2013, n. 15481. Ma v. già Cass., 9 giugno 2000, n. 7859, Fam. dir., 2000, p. 514, che qualifica la fedeltà non soltanto «direttiva morale di particolare valore sociale», ma anche «regola di condotta imperativa».

²⁰ Osservano DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», cit., p. 108: «Los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los esposos para el feliz desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas».

²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L.: «Efectos del matrimonio», cit., p. 133; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», cit., p. 109.

²² Così, Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, Giust. civ. Mass. 1993, p. 624; Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit., p. 253, la quale considera «il vigente diritto di famiglia contrassegnato dal diritto di ciascun coniuge, a prescindere dalla volontà o da colpe dell'altro, di separarsi e divorziare, in attuazione di un diritto individuale di libertà riconducibile all'art. 2 cost. [...], potendo far cessare ciascuno i doveri relativi in ogni momento con un atto unilaterale di volontà espresso nelle forme di legge».

²³ Osserva CAMILLERI, E.: «Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law», cit., p. 145 ss., che «la tenuta di condotte che pure, nella prospettiva della regolazione giuridica della famiglia, ammontino a violazione di doveri di contenuto non patrimoniale (...)

Tuttavia, va osservato che l'illecito endofamiliare non discende dal fatto in sé della separazione o del divorzio, ma da una condotta consistente nella violazione dei doveri matrimoniali che produca nella sfera giuridica dell'altro coniuge un pregiudizio risarcibile²⁴. Il superamento di una concezione sanzionatoria della separazione non erode, come si è visto, la precettività degli obblighi che derivano dal matrimonio, sì che l'antigiuridicità del comportamento del coniuge ad essi contrario non può considerarsi esclusa dalla causa di giustificazione dell'esercizio della libertà di autodeterminazione.

3. – In terzo luogo, l'inapplicabilità del rimedio risarcitorio in ambito familiare si fa derivare dalla specialità e completezza del diritto di famiglia e dell'apparato di rimedi e sanzioni da questi predisposto per le ipotesi di violazione dei doveri familiari²⁵. In altri termini, il principio *inclusio unius, exclusio alterius* impedirebbe il cumulo del risarcimento del danno con i rimedi tipicamente giusfamiliari.

Nell'ordinamento spagnolo, l'art. 86, comma 1, c.c., anteriormente alla riforma introdotta dalla l. n. 15 del 2005 considerava la violazione dei doveri familiari come una causa di separazione, sì che il Tribunal Supremo, con la citata sentenza 30 luglio 1999, poteva affermare che essa è l'«unica conseguenza giuridica» che contempla la legislazione spagnola, «senza che ne derivino, a carico del coniuge inadempiente, effetti

30

va così letta quale esercizio di libertà e/o diritti spettanti al singolo soggetto», así que «il generarsi dell'effetto risarcitorio verrà comunque interdetto dall'operare della causa di giustificazione di *iure suo uti*». Subordina il sorgere della responsabilità per illecito endofamiliare all'abusività della condotta, FACCI, G.: «Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile», cit., p. 583 s., secondo il quale l'accertamento del dolo influenza il giudizio sull'ingiustizia del danno.

²⁴ Secondo DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», cit., p. 119, il danno risarcibile non si identifica con lo scioglimento del matrimonio, ma con i pregiudizi cagionati dall'inadempimento degli obblighi familiari. Nella giurisprudenza italiana, condivide tale opinione Trib. Milano 4 junio 2002, Giur. it., 2002, II, c. 2289, che richiede l'esistenza di un danno oggettivo imputabile all'altro coniuge, riconducibile a una violazione grave dei doveri matrimoniali e non alla crisi coniugale in quanto tale.

²⁵ La giurisprudenza italiana, in ossequio al brocardo *lex specialis derogat generali*, ha sostenuto per lungo tempo l'inapplicabilità, in ambito familiare, del rimedio generale del risarcimento del danno in virtù dell'esistenza di un apparato sanzionatorio speciale. In questo senso, già, Cass. Roma, 27 maggio 1921, Foro it., 1921, I, c. 778, in un caso di ingiustificato abbandono della casa coniugale da parte della moglie. Cfr., anche, Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, Dir. fam. pers., 1993, 1023, secondo la quale «dalla separazione personale dei coniugi può nascere sul piano economico (...) solo il diritto al mantenimento dell'uno nei confronti dell'altro coniuge», essendo esclusa «la possibilità di richiedere, ex art. 2043 c.c., anche il risarcimento del danno a qualsiasi titolo risentito a causa della separazione, ancorché la separazione sia stata dichiarata con addebito».

economici»²⁶. Altro argomento tradizionalmente impiegato per escludere la risarcibilità del danno “endofamiliare” è l’esistenza dell’assegno divorzile, giacché si sostiene che la relativa attribuzione è incompatibile con la tutela risarcitoria *ex art.* 1902 c.c.²⁷.

Nell’ordinamento francese, come si diceva prima, sussiste una specifica azione regolata dall’art. 266 CC, che può essere esperita dal coniuge che ottenga il divorzio, per colpa esclusiva dell’altro, allo scopo di conseguire il risarcimento delle conseguenze di particolare gravità che subisca per effetto dello scioglimento del matrimonio.

L’azione non è applicabile nel *divorce par consentement mutuel*, ma presuppone che l’attore appaia come una “vittima”²⁸: nel *divorce pour faute*, la domanda sarà accolta soltanto se proposta dal coniuge innocente e invece rigettata quando il torto è addebitato a entrambi gli sposi²⁹; nel *divorce pour altération définitive du lien conjugal* (sostituito dalla l. 26 maggio 2004 al *divorce pour rupture de la vie commune* che, invece, si sottraeva all’operatività dell’art. 266 c.c) il coniuge danneggiato deve avere subito la rottura della vita in comune e non deve avere assunto l’iniziativa dello scioglimento del matrimonio. Il rimedio non ha né carattere alimentare, né funzione di mantenimento, sì che il *quantum*, insuscettibile di revisione, non si commisura né alla capacità economica dei coniugi³⁰, né all’esigenza di compensare la diminuzione del tenore di vita goduto durante il matrimonio³¹.

31

Nell’ordinamento italiano esistono numerose forme di tutela, diverse da quella risarcitoria, attivabili contro la violazione dei doveri familiari. Si pensi a: l’addebito della separazione per colpa, che può essere pronunciato quando la violazione dei doveri

²⁶ Per quanto concerne la riconduzione dell’inadempimento dei doveri coniugali all’ambito dei motivi della separazione e del divorzio, v., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 115 s., i quali evidenziano che questo argomento ha perso «toda consistencia, tras la reforma de 2005, por la que se han suprimido las antiguas causas de separación y divorcio».

²⁷ Secondo DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., p. 116 ss., è insostenibile l’argomento contrario all’ammissibilità della responsabilità dei coniugi, fondato sull’esistenza dell’assegno divorzile. Innanzi tutto, poiché «tienen finalidades distintas, que, además, no son incompatibles»; in secondo luogo, «porque los presupuestos de ambas son también distintos»; infine, «porque es posible que el cónyuge que deba percibir la pensión compensatoria y el que tenga derecho a ser resarcido no sea el mismo».

²⁸ Lo rileva FORTIS, A.: «Divorce (Conséquences)», cit., § 146.

²⁹ Cass. civ., I sez., 25 ottobre 2005, n. 04-12.234, Dr. fam., 2005, n. 269.

³⁰ Cass. civ., II sez., 6 gennaio 1993, n. 91-16.672, Rev. trim. droit civil, 1993, p. 336.

³¹ Cass. civ., II sez., 12 giugno 1996, n. 94-18.103, Rev. trim. droit civil, 1996, p. 886.

matrimoniali sia causa determinante della separazione tra i coniugi³², rilevando in sede successoria e di fissazione dell'assegno di mantenimento (art. 151, comma 2, c.c.)³³; la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale, nel caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare (art. 146 c.c.)³⁴ o gli ordini di protezione, mediante i quali il giudice, quando «la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente», ordina la cessazione della condotta, l'allontanamento dalla casa familiare e, ove occorra, il divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dai familiari (art. 342 *bis* ss. c.c.), oltre a misure di carattere patrimoniale come il pagamento di un assegno periodico (art. 342 *bis* ss. c.c.)³⁵.

Nondimeno, come sostenuto dalla Cassazione italiana e da quella francese, l'applicabilità di un rimedio speciale contro la violazione di un dovere familiare non esclude la concorrente rilevanza del medesimo comportamento come fonte di responsabilità extracontrattuale³⁶. Ad esempio, secondo la giurisprudenza francese, la

³² Secondo la giurisprudenza italiana, «la pronuncia di addebito della separazione personale non può fondarsi sulla sola violazione dei doveri coniugali di cui all'art. 143 c.c., essendo, invece, necessario accertare se tale violazione abbia assunto efficacia causale nel determinarsi della crisi del rapporto coniugale»: Cass., 17 maggio 2017, n. 12392; Cass., 10 maggio 2017, n. 11448; Cass., 20 agosto 2014, n. 18074.

³³ Si veda, ad esempio, per la tradizionale prospettiva Cass., 22 marzo 1993, n. 3367, Giust. civ. Mass., 1993, p. 535, secondo la quale nel caso di addebito della separazione manca la lesione di una posizione soggettiva attiva tutelata come diritto perfetto, sì che la tutela risarcitoria *ex* art. 2043 c.c. non può essere invocata per la mancanza di un danno ingiusto. L'addebito, infatti, «comporta solo gli effetti previsti dalla legge, ma non realizza la violazione di un diritto dell'altro coniuge».

³⁴ Sulla disciplina dell'allontanamento dalla residenza familiare e le conseguenze che ne derivano cfr., *ex multis*, PARADISO, M., *I rapporti personali tra coniugi*, Sub Artt. 143-148, in Cod. Civ. Comm., diretto da Schlesinger e Busnelli, 2ª ed., Milano, 2012, p. 266; CHECCHINI, A.: «Allontanamento per giusta causa o ripudio? (Per una nuova interpretazione dell'art. 146 c.c.)», Riv. dir. civ., 1981, I, p. 264 ss.

³⁵ Si tratta di «misure contro la violenza nelle relazioni familiari» introdotte dalla l. 4 aprile 2001, n. 154, allo scopo di offrire adeguati strumenti di salvaguardia dell'integrità fisica o morale e della libertà dei membri della famiglia in una serie di situazioni patologiche di conflitto. Cfr. PALADINI, M.: «Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione, profili di diritto civile, penale e comparato», Padova, 2009; SILVANI, S.: «Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari», in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, 1, Milano, 2011, p. 1191 ss.; DE BONIS, D.: «Abusi familiari e ordini di protezione», in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da Ferrando, I, Bologna, 2007, p. 577 ss.

³⁶ Si vedano, in Francia, Cass. civ., II sez., 2 aprile 1997, n. 95-18.797; Cass. civ., I sez., 11 gennaio 2005, n. 02-19.016, *Rev. trim. droit civil*, 2005, p. 375; in Italia, Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit.; 15 settembre 2011, n. 18853, cit. e, soprattutto, Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, cit., la quale, con riferimento ai rapporti tra separazione per colpa e risarcimento del danno, afferma che il medesimo comportamento lesivo di doveri matrimoniali «da un lato è causa di intollerabilità della convivenza, giustificando la pronuncia di addebito (...), dall'altro si configura come comportamento (doloso o colposo) che, incidendo su beni essenziali della vita, produce un danno ingiusto, con conseguente risarcimento, secondo lo schema generale della responsabilità civile».

presenza della speciale azione risarcitoria fondata sull'art. 266 c.c. non esclude l'applicabilità della disciplina generale della responsabilità civile, della quale costituisce piuttosto una concretizzazione sul terreno dello scioglimento del matrimonio. Pertanto, da una parte, l'azione *ex art. 266 c.c.* richiede gli elementi costitutivi dell'illecito civile – colpa, danno e nesso di causalità – dall'altra, è cumulabile con la tutela risarcitoria ordinaria per la riparazione degli ulteriori danni subiti durante il matrimonio³⁷.

Di conseguenza, la diversità della natura, della funzione e dei limiti degli speciali rimedi giusfamiliari rispetto al risarcimento del danno permettono di considerare la violazione dei doveri familiari suscettibile di tutela risarcitoria, in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito civile e in particolare di un concreto pregiudizio subito dal titolare dell'interesse leso³⁸.

IV. – La soluzione delle principali obiezioni alla risarcibilità dell'illecito endofamiliare non ha fatto, tuttavia, svanire le molteplici difficoltà ricostruttive della figura. Tali difficoltà discendono soprattutto dall'esigenza di adattare allo statuto generale della responsabilità civile una fattispecie connotata dal fatto che la fonte del danno ingiusto è una condotta che integra la violazione di doveri propri della relazione familiare³⁹.

33

³⁷ L'applicazione congiunta degli artt. 266 e 1382 c.c. è comunemente ammessa nella giurisprudenza francese: Cass. civ., II sez., 2 aprile 1997, n. 95-18.797, cit.; Cass. civ., I sez., 11 gennaio 2005, n. 02-19.016, cit.

³⁸ Cfr. Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit., la quale osserva che i rimedi giuridici familiari «non sono strutturalmente incompatibili con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti, non escludendo la rilevanza che un determinato comportamento può rivestire ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle conseguenti statuizioni di natura patrimoniale la concorrente rilevanza dello stesso comportamento quale fatto generatore di responsabilità aquiliana»; Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit., la quale afferma che «il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi di un illecito civile». Anche la dottrina sottolinea l'insufficienza dei rimedi tipici previsti nelle ipotesi di violazione dei doveri matrimoniali: MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità», cit., p. 605; VILLA, G.: «Gli effetti del matrimonio», in *Il diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, I, in *Tratt.* (dir. BONILINI e CATTANEO), Torino, 1997, p. 317; AULETTA, T.: «Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia», *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 434 s.

³⁹ La responsabilità da illecito endofamiliare tra coniugi deriva dall'inadempimento di un'obbligazione nascente dalla legge, quali i doveri matrimoniali, con la conseguenza che risulta problematica la diretta applicazione della responsabilità aquiliana, imperniata non sulla violazione di un obbligo ma sull'ingiustizia del danno: NICOLUSSI, A.: «Obblighi familiari di protezione e responsabilità», cit., p. 960 s. Efficacemente sottolinea PARADISO, M.: «Famiglia e responsabilità civile endofamiliare», cit., p. 20, che

Nell'illecito endofamiliare, infatti, manca l'estraneità tra danneggiante e danneggiato, tipica della responsabilità *ex delicto*. Al contrario, esso presuppone l'esistenza di uno specifico rapporto giuridico tra soggetto attivo e passivo della condotta e richiede l'inadempimento di determinate prescrizioni comportamentali. Pertanto, la violazione dei doveri familiari non si risolve nella generica infrazione del precetto *alterum non laedere*, ma nell'inadempimento di uno specifico obbligo, che non opera tra estranei nella comune vita di relazione, ma soltanto tra coniugi o tra genitori e figli⁴⁰.

La circostanza che il danno endofamiliare è concepibile soltanto nell'ambito di una preesistente relazione orienta alcune voci dottrinali verso il paradigma della responsabilità contrattuale⁴¹. Quest'ultima, infatti, presiede al risarcimento del danno che deriva dalla violazione di una regola interna al rapporto, là dove la responsabilità aquiliana reagisce al danno cagionato tra estranei, sì da impernarsi sull'elemento dell'ingiustizia del danno. In questa prospettiva, il vincolo familiare è riletto come rapporto obbligatorio connotato da doveri – da taluni inquadrati tra quelli «di protezione», da altri definiti come «obbligazioni coniugali o genitoriali»⁴² – che costituiscono parametro di valutazione della condotta, sì che la loro violazione dovrebbe ricondursi alla figura della responsabilità per inadempimento.

Tuttavia, nella prevalente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale nei principali Paesi europei, si esclude l'adequatezza del modello di responsabilità contrattuale, in virtù della qualificazione del matrimonio come negozio di diritto di famiglia costitutivo di

parlare di «responsabilità aquiliana endofamiliare equivale a una ambigua operazione di ibridazione giuridica: obblighi “contrattuali” sanzionati con la responsabilità extracontrattuale».

⁴⁰ Afferma NICOLUSSI, A.: «Obblighi familiari di protezione e responsabilità», cit., p. 939, che ancorare l'illecito endofamiliare al divieto di *neminem laedere* significa prescindere dalla considerazione dei doveri di solidarietà «facendo unicamente leva sulla lesione delle persone a loro volta riguardate come monadi avulse dal vincolo familiare: parenti come passanti – si potrebbe dire –, non più prossimi né congiunti, semplicemente individui nella folla».

⁴¹ Cfr., nella dottrina italiana, DI ROSA, G.: «Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno», cit., p. 5 ss.; NICOLUSSI, A.: «Obblighi familiari di protezione e responsabilità», cit., p. 959 ss.; GIACOBBE, E.: «A. Trabucchi: un “profeta” inascoltato!», cit., p. 169 ss.; PARADISO, M.: «Famiglia e responsabilità civile endofamiliare», cit., p. 20 ss.; BASINI, G.F.: «Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra i coniugi», Resp. civ. e prev., 2011, 981 ss.

⁴² Accosta l'illecito endofamiliare alla «violazione di obblighi di protezione che nel matrimonio si inverano nei doveri matrimoniali», NICOLUSSI, A.: «Obblighi familiari di protezione e responsabilità», cit., p. 961, il quale aggiunge che il «dovere generale di protezione si riassume in definitiva nel dovere di ciascuno dei due [coniugi] di evitare condotte irraguardose che, rendendo intollerabile la convivenza, provocano la grave lesione personale che si determina sempre con la separazione»; mentre PARADISO, M.: «Famiglia e responsabilità civile endofamiliare», cit., p. 22, discorre di violazione di «obblighi specifici dei coniugi o dei genitori».

*status*⁴³; della non patrimonialità dei doveri familiari (quali quelli di assistenza, fedeltà, collaborazione, coabitazione, ecc.)⁴⁴ e della insufficienza della loro violazione a costituire, *in re ipsa* e automaticamente, la fonte di un pregiudizio risarcibile⁴⁵.

In particolare, la giurisprudenza italiana subordina la risarcibilità del danno endofamiliare non alla mera violazione di regole di condotta giusfamiliari, ma alla lesione di diritti fondamentali della persona⁴⁶. Pertanto, il danno risarcibile non sorgerà dalla mera lesione del diritto di ciascun coniuge a ricevere dall'altro assistenza, collaborazione, fedeltà, ecc., ma dall'ulteriore compromissione di un interesse costituzionalmente rilevante che risulti collegato al primo.

Appare emblematica la posizione della giurisprudenza riguardo all'inosservanza dell'obbligo di fedeltà.

Mentre in Spagna, la decisione del Tribunal Supremo 30 luglio 1999 ha escluso che la violazione del dovere di fedeltà integri un illecito civile suscettibile di tutela risarcitoria⁴⁷, le Corti francesi e italiane sono maggiormente inclini ad ammettere la risarcibilità del danno non patrimoniale causato dall'infedeltà.

Tuttavia, a differenza della Cassazione francese, che considera l'infedeltà suscettibile *ex se* di causare un danno morale risarcibile⁴⁸; quella italiana subordina la responsabilità risarcitoria del coniuge infedele a due ulteriori requisiti: a) l'accertamento della lesione di un diritto costituzionalmente protetto dell'altro coniuge; b) la prova del nesso di

⁴³ Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», cit., p. 109, i quali evidenziano come «el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, que afecta profundamente a la persona de los conyuges, en la medida en que les impone una plena comunidad de vida, material y spiritual, la cual no tiene parangón posible con ninguna de las relaciones jurídicas nacidas de la celebración de un contrato».

⁴⁴ Secondo l'art. 1174 CC italiano l'obbligazione ha per oggetto una prestazione suscettibile di valutazione economica, mentre i doveri familiari hanno natura personale, sì che la loro violazione risulta difficilmente inquadrabile nel paradigma della responsabilità per inadempimento.

⁴⁵ Cfr., nella giurisprudenza italiana, Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit.; Cass., 1 giugno 2012 n. 8862, cit.; in dottrina, *ex multis*, BASINI, G.F.: «Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi», cit., p. 100 s.

⁴⁶ Secondo Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit.; Cass., 1 giugno 2012 n. 8862, cit., la responsabilità per danno endofamiliare non si fonda sulla mera violazione dei doveri coniugali, ma sulla lesione – a seguito della avvenuta violazione di essi – di un diritto costituzionalmente protetto o di beni inerenti la persona umana.

⁴⁷ Così, STS 30 luglio 1999 (RJ 1999, 5726), a proposito di una domanda di risarcimento del danno morale sofferto dal marito per l'infedeltà della moglie, che ebbe due figli dall'amante durante il matrimonio. Secondo DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», cit., p. 142 ss., la tesi sostenuta è erranea, «porque la obligación de fidelidad, que tiene evidente conexión con la de respeto mutuo, es un auténtico deber jurídico».

⁴⁸ Cass. civ., II sez., 13 aprile 1992, n. 90.21490; Cass. civ., I sez., 12 gennaio 2011.

causalità tra l'infedeltà e il danno che non potrà consistere nella mera sofferenza psichica derivante dalla percezione dell'offesa⁴⁹.

In altri termini, la violazione dell'obbligo di fedeltà produrrà un danno risarcibile soltanto quando, per le sue modalità gravi, reiterate e offensive, si sia tradotta nella lesione di un autonomo bene giuridico tutelato, come la dignità, l'integrità psico-fisica, l'onore o la riservatezza del coniuge offeso.

Questa prospettiva ricostruttiva rischia, però, di produrre una degiuridicizzazione dei rapporti familiari, nonostante la proclamata giuridicità dei relativi doveri. Infatti, la lesione delle situazioni soggettive familiari resta di per sé priva di tutela risarcitoria, in un quadro normativo già caratterizzato dal depotenziamento degli ulteriori profili sanzionatori del diritto di famiglia⁵⁰.

Un tale ingresso della responsabilità civile nell'area dei rapporti familiari rischia di esasperare la concezione contrattualistica della famiglia e di disperdere la specificità di tale formazione sociale, a vantaggio di una considerazione esclusiva dei diritti individuali dei suoi componenti⁵¹. Del resto, il rapporto tra diritti fondamentali e famiglia non va impostato nei termini di una contrapposizione tra esigenze della persona e di un distinto organismo titolare di un interesse autonomo. In tal modo, si rischia di attribuire valore prioritario ora alle ragioni della libertà ora a quelle della solidarietà, quando invece «il valore centrale di riferimento è sempre la persona (art. 2 cost.), alla tutela della quale è rivolta sia la valutazione normativa della famiglia sia il riconoscimento dei diritti fondamentali»⁵².

Richiedere che alla violazione dei doveri familiari debba aggiungersi un *quid pluris*, rappresentato dalla lesione dei diritti fondamentali, significa escludere che presenti le

⁴⁹ Cfr., *retro*, nota 45.

⁵⁰ Cfr., in questo senso, PARADISO, M.: «Famiglia e responsabilità civile endofamiliare», cit., p. 20 s.; ID., «Famiglia, e nuovi diritti della personalità. Norma, desiderio e rifiuto del diritto», Quadrim., 1989, p. 302.

⁵¹ Afferma che «la libertà nella famiglia trova nell'unità e nei relativi doveri non tanto il limite quanto la funzione, il fondamento della sua stessa titolarità»: PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 920; ID.: «Riflessioni sull'«unità» della famiglia», (1970), ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 403 ss. Nega che accogliere l'accordo come regola di governo della famiglia comporti l'accoglimento di una concezione contrattualistica, ZATTI, P.: «*Familia, familiae*. Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia», *Familia*, 2002, p. 30 s. Esclude che il matrimonio possa ridursi a un rapporto sinallagmatico, MENGONI, L.: «La famiglia in una società complessa», *Iustitia*, 1990, p. 12 s., il quale mette in rilievo la centralità della nozione di *status* alla quale si riconducono i diritti e i doveri coniugali.

⁵² Così, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 925 s.

caratteristiche dell'ingiustizia il danno lesivo di posizioni giusfamiliari, ad onta della loro qualificazione come diritti soggettivi e della indubbia rilevanza costituzionale.

Si tratta, per di più, di una ricostruzione non necessaria allo scopo di assicurare che anche la responsabilità per danno endofamiliare assolve una funzione non sanzionatoria ma riparatoria. Piuttosto, per evitare una torsione del torto intrafamiliare verso una finalità punitiva, occorre subordinare il risarcimento non a un mero comportamento illecito, quale l'inosservanza dei doveri familiari, ma all'esistenza di un pregiudizio che, sul piano eziologico, costituisca conseguenza della lesione di uno specifico interesse giuridicamente protetto e non della crisi coniugale in quanto tale⁵³.

V. – Nell'ammettere la risarcibilità del danno endofamiliare, la dottrina e la giurisprudenza avvertono l'esigenza di individuarne peculiari connotati distintivi che, operando sul piano del criterio di imputazione o della gravità della lesione, tendono a ridurre l'area della rilevanza giuridica dell'illecito endofamiliare.

Una parte della dottrina italiana e spagnola individua nel dolo il criterio di imputazione della responsabilità civile nei rapporti di famiglia⁵⁴.

In virtù della non coercibilità dei doveri familiari si sostiene che i comportamenti ad essi contrari siano sorretti dalla causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, salvo il limite del dolo dell'agente. In altri termini, in un'area che si considera dominata dalla libertà di autodeterminazione, la scriminante dell'*iure suo uti* può essere esclusa soltanto dall'intenzionalità della lesione, con la quale si stravolge la finalità dell'esercizio di un diritto del danneggiante. Occorrerebbe il dolo generico, ma non anche quello specifico. Pertanto, non è necessario che il soggetto attivo abbia l'intento di procurare all'altro un

⁵³ Como mettono in rilievo DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. - CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», cit., p. 119, il primo presupposto per la configurabilità di una responsabilità per violazione dei doveri coniugali è l'esistenza di un danno risarcibile. Esso «surgirá por la lesión del derecho que tiene cada cónyuge a que el otro cumpla las obligaciones, que, libre y reciprocamente, asumieron al tiempo de contraer el matrimonio».

⁵⁴ In questo senso cfr., nella dottrina italiana, FACCI, G.: «Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile», cit., p. 583; CAMILLERI, E.: «Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law», cit., p. 145; in quella spagnola, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.: «Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales» in DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador), *Daños en el Derecho de familia*, Cizur Menor, 2006, pp. 160-161.

determinato pregiudizio, ma è sufficiente la rappresentazione e la consapevolezza dell'evento dannoso⁵⁵.

Tuttavia, si è già argomentato che i doveri familiari, quantunque di natura personale e non patrimoniale, hanno il carattere della precettività operando quale regola solidaristica della formazione sociale "famiglia". Rappresenta, quindi, una contraddizione logica ricostruire, nello stesso tempo, i doveri familiari come giuridici e la loro violazione come scriminata dall'esercizio della libertà di autodeterminazione⁵⁶.

Inoltre, manca qualsivoglia fondamento testuale sul quale ancorare la ricostruzione del dolo come elemento costitutivo dell'illecito endofamiliare. Ma soprattutto gli illeciti di dolo esprimono una valutazione normativa di prevalenza dell'interesse del soggetto attivo rispetto a quello della vittima. Il dolo, infatti, più che operare quale semplice criterio di imputazione della responsabilità, agisce come canone di composizione di un conflitto di interessi, nel quale quello dell'autore della condotta si considera particolarmente meritevole di protezione, sì che la sua cedevolezza si giustifica soltanto in presenza di una condotta dolosa⁵⁷. Mediante l'elemento soggettivo dell'illecito, l'ordinamento opera, quindi, una graduazione dell'apprezzabilità degli interessi in conflitto, che non è dato riscontrare sul terreno delle relazioni familiari.

38

VI. – In diversa prospettiva, la giurisprudenza della Cassazione italiana, invece di applicare un criterio soggettivo di imputazione più rigido di quello ordinario, richiede: a) la gravità della lesione dell'interesse; b) la non futilità del danno. Più specificamente reputa indispensabile, da una parte, che alla luce del dovere di solidarietà l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità; dall'altra, che il pregiudizio non sia futile, ma abbia una consistenza giuridicamente rilevante⁵⁸.

⁵⁵ Così, CAMILLERI, E.: «Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law», cit., p. 150, che subordina la risarcibilità del danno endofamiliare sia al dolo dell'agente, inteso non come *animus nocendi*, «bensì in termini di consapevolezza circa il carattere potenzialmente dannoso della condotta tenuta, nei riguardi di terzi» sia allo «sviamento dell'interesse concretamente perseguito, rispetto a quello in funzione del quale l'ordinamento attribuisce e tutela la singola situazione giuridica attiva».

⁵⁶ V., *retro*.

⁵⁷ Cfr. CENDON, P.: *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 156 s.; VISINTINI, G.: *I fatti illeciti*, II, Padova, 1990, p. 247 ss.

⁵⁸ In tal senso, Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit., che, in presenza della violazione dell'obbligo di fedeltà, subordina la risarcibilità del danno alla prova «che l'infedeltà, per le sue modalità e in relazione alla specificità della fattispecie, abbia dato luogo a lesione della salute del coniuge (...). Ovvero ove l'infedeltà per le sue modalità abbia trasmodato in comportamenti che,

La prospettiva seguita nell'esperienza francese è analoga. Non soltanto l'art. 266 CC limita la risarcibilità alle «conséquences d'une particulière gravité» che derivano dallo scioglimento del matrimonio, intese dalla giurisprudenza come i pregiudizi morali e materiali eccedenti la misura abituale⁵⁹; ma nell'applicare la disciplina generale della responsabilità civile (art. 1382 CC) agli illeciti endofamiliari, la giurisprudenza ricerca sia una particolare gravità della colpa (più intensa di quella richiesta per addebitare il divorzio)⁶⁰, sia soprattutto un pregiudizio diverso da quello normalmente derivante dallo scioglimento del matrimonio⁶¹.

In altri termini, la collocazione dell'illecito nello scenario dei rapporti familiari assicura particolare rilievo al principio di solidarietà, che già opera nella direzione di escludere la proponibilità dell'azione risarcitoria durante la convivenza, come dimostra la previsione della sospensione della prescrizione tra i coniugi (art. 2941, n. 1, c.c.).

La solidarietà costituisce fondamento del dovere di reciproca assistenza che impone alle parti uno «spirito di comprensione e tolleranza» dei comportamenti di «minima efficacia lesiva»⁶².

Gli illeciti endofamiliari assumono, quindi, valenza esemplare rispetto a una linea di tendenza diretta a subordinare la risarcibilità del danno non patrimoniale alla gravità della lesione. La misura del danno diviene un filtro ulteriore rispetto all'ingiustizia, sì che la riparazione è esclusa quando il diritto non è «inciso oltre una soglia minima».

A titolo esemplificativo, mentre non è stata ammessa la riparabilità del danno derivante dalla mera inosservanza dell'obbligo di fedeltà⁶³; è stato considerato risarcibile il danno patito da una donna alla quale il marito aveva taciuto fino a dopo il matrimonio la propria

oltrepassando i limiti dell'offesa di per sé insita nella violazione dell'obbligo in questione, si siano concretizzati in atti specificamente lesivi della dignità della persona».

⁵⁹ La giurisprudenza francese mentre considera difficilmente determinabile il danno materiale, è più incline a liquidare i danni morali, individuati ad esempio: nella solitudine morale e affettiva creata dal divorzio dopo una lunga vita in comune (Cass., II sez., 27 gennaio 2000, n. 96-11.410, RTDC, 2000, p. 303), specialmente in presenza di prole (Cass., II sez., 6 maggio 1987, Bull. civ. II, n. 99); nel trauma subito dalla moglie ammalata (Trib. Paris, 9 settembre 2010, Dr. fam 2010, n. 183) o dal coniuge credente che ha subito l'adulterio dell'altro (Trib. Bordeaux, 24 novembre 2009, Dr. fam. 2010, n. 18).

⁶⁰ FORTIS, A.: «Divorce (Conséquences)», cit., § 163.

⁶¹ Cass., I sez., 22 marzo 2005, n. 04-11942, RTDC 205, p. 375; Cass., I sez., 23 gennaio 2007, n. 06-11502.

⁶² Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit.; Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, cit.

⁶³ Lo evidenzia Cass., 17 gennaio 2012, n. 610, Fam. dir., 2012, p. 254 ss.

impotentia coeundi, trattandosi di una lesione tale da pregiudicare fortemente il diritto alla sessualità della moglie e le potenzialità realizzatrici della sua personalità⁶⁴.

In conclusione, l'ingresso della responsabilità civile sul terreno dei rapporti familiari richiede di essere mediata dalla specificità della formazione sociale familiare, che non è dissolubile, come vorrebbe la concezione contrattualistica, in una serie atomistica di relazioni intersoggettive. La tutela dei diritti dei membri della famiglia richiede, quindi, di essere temperata con l'incidenza della solidarietà che costituisce il fondamento dei doveri familiari. La maggiore selettività dei danni risarcibili in area familiare rinviene, in definitiva, un preciso fondamento sistematico, che impone di subordinare l'accesso al rimedio risarcitorio a requisiti ulteriori rispetto all'ingiustizia del danno, sì da evitare il proliferare della litigiosità giudiziaria intrafamiliare.

⁶⁴ Così, Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit., secondo la quale «l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità ed indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro – pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva della costituzione di tale vincolo, un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà che si sostanzia anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente le proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto».